Der Rückgriff solcher Bürgen, die sich für einzelne Gesamtschuldner verbürgt haben.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Juristen-Fakultät der Universität zu Rostock

vorgelegt

von

Robert Hartmann

Gerichtsassessor aus **Hannover.**

ACAD. LAUD BAT. BIBL.

Rostock.

Rats- und Universitäts-Buchdruckerei von Adlers Erben, G. m. b. H.

1910.

Referent: Professor Dr. Bernhöft.

Inhaltsübersicht.

A. Einleitung. Seite

§ 1. Gibt § 774 Abs. 1 BGB. dem Bürgen ein Rückgriffsrecht gegen alle Gesamtschuldner aus dem Grunde, weil sie Hauptschuldner sind? . . . . . 7—9

§ 2. Ist der Rückgriff aus einem Vertragsverhältnisse oder auf Grund einer Forderungsübertragung möglich? . 9—11

B. Rückgriff aus dem Gesamtschuldverhältnis unmittelbar.

I. Römisch-gemeines Recht.

§ 3. Regreßrecht der Gesamtschuldner gegeneinander 12—18

§ 4. Regreßrecht der Bürgen gegen die Gesamtschuldner . . . . . 19—24

II. Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches.

1. § 5. Der Rückgriff der Bürgen gegen Gesamtschuldner als Ergebnis der Rechtsentwickelung und der grundsätzlichen Stellung des Bürgerlichen Gesetzbuches . . . . . 24—25

2. Rückgriff der Bürgen mit Hilfe des Forderungsüberganges von § 774 Abs. 1 BGB.

§ 6. Analoge Anwendung von § 401 BGB. . . . . 26—29

§ 7. Weitere analoge Anwendung von § 774 Abs. 2 in Verbindung mit § 426 BGB. . . . . 29—39

3. Rückgriff der Bürgen gegen die Gesamtschuldner lediglich auf Grund von § 426 BGB.

§ 8. Der Begriff der Gesamtschuld des Bürgerlichen Gesetzbuches . . . . . 40—43

§ 9. Die Bürgschaft als ein Fall der Gesamtschuld . 43—46

§ 10. Allgemeines Gesamtschuldverhältnis zwischen allen Schuldnern und Bürgen . . . . . 46—49

Literatur.

Bekker: Die Aktionen des römischen Privatrechts II, 1873.

Bendix: Zur Lehre von dem gesetzlichen Übergange der Rechte im Falle des Vorhandenseins mehrerer Sicherungen. Archiv für bürgerliches Recht, 25.

Binder: Die Korrealobligationen im römischen und heutigen Rechte, 1899.

Breit: In Gruchots Beiträgen, Bd. 48, S. 283 ff.

Cosack: Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts I, 4. Aufl.

Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechts, 1902.

Crome: Von der Solidarität unerlaubter Handlungen. Iher. Jahrbuch, Bd. 35.

Chylarz: In Grünhuts Zeitschrift, Bd. 3.

Dernburg: Pandekten II, 6. Aufl. 1900.

Dernburg: Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts II, 864.

Dernburg: Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens, 1899.

Eisele, Korrealität und Solidarität im Archiv für zivilistische Praxis, Bd. 77, S. 374 ff.

Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts I, 8. Aufl. 1903.

Enneccerus: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts I, 3. Aufl. 1908.

Geib: Zur Dogmatik des römischen Bürgschaftsrechts, 1894.

Girtanner: Die Bürgschaft nach gemeinem Zivilrechte, 1850.

Goldmann-Lilienthal: Das Bürgerliche Gesetzbuch I, 2. Aufl. 1903.

Hasenbalg: Die Bürgschaft des gemeinen Rechts, 1870.

Hruza: Korrealobligationen und Verwandtes nach der zweiten Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich im Sächs. Archiv für bürgerliches Recht und Prozeß, Bd. 5.

Ihering: Die Reflexwirkungen oder Rückwirkungen rechtlicher Tatsachen in seinen Jahrbüchern, Bd. 10.

Keil: Zur Lehre von dem beneficium cedendarum actionum, Hallesche Dissertation 1880.

Kohler: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts II, 1906.

Kohler: Die Menschenhilfe im Privatrecht in Iherings Jahrbüchern, Bd. 25.

Kremer: Die Mitbürgschaft, 1902.

Linckelmann: Die Schadensersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, 1898.

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutche Reich, Amtliche Ausgabe.

Mühlenbruch: Die Lehre von der Zession der Forderungsrechte, 3. Aufl. 1836.

Oertmann: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Aufl. 1906.

Oertmann: Die Vorteilsausgleichung beim Schadensersatzanspruche im römischen und deutschen bürgerlichen Recht, 1901.

Planck: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Aufl. 1907.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, 1897.

Ribbentrop: Zur Lehre von den Korrealobligationen, 1831.

v. Savigny: Das Obligationenrecht I, 1851.

Scherer: Kommentar zum Recht der Schuldverhältnisse, 1899.

Schollmeyer: Kommentar zum Recht der Schuldverhältnisse, 1900.

v. Schröter: Zu der Lehre von den Korrealobligationen in Lindes Zeitschrift, Bd. 6, Nr. 12.

Schulz: Rückgriff und Weitergriff in Leonhards Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts, Bd. 21, 1907.

Sell: Über das Recht des correus debendi auf teilweisen Ersatz der gezahlten Korrealschuld in Lindes Zeitschrift für Zivilrecht und Prozeß, Bd. 3, 4.

Sohm: Institutionen des römischen Rechts, 1899.

Staudinger-Kuhlenbeck: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch II, 2. Aufl. 1906.

Staudinger-Kober: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch III, 3.—4. Aufl. 1907.

Strohal: Zur Lehre vom Eintritte des Bürgen und des Drittverpfänders in die Rechte des befriedigten Gläubigers nach Bürgerlichem Gesetzbuch, „Dt. Jur.-Ztg." 1903, S. 373.

Unger: Passive Korrealität und Solidarität in Iherings Jahrbüchern, Bd. 22.

Vangerow: Lehrbuch der Pandekten III.

Walter: Die Fälle des beneficium cedendarum actionum und ihre juristische Natur nach Pandektenrecht. Erlanger Dissertation 1899.

Westerkamp: Bürgschaft und Schuldbeitritt in Eberings rechts- und staatswissenschaftlichen Studien, Heft 33, 1908.

Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts, 1900, 8. Aufl.

A. Einleitung.

§ 1.

Gibt § 774 Abs. 1 BGB. dem Bürgen ein Rückgriffsrecht gegen alle Gesamtschuldner aus dem Grunde, weil sie Hauptschuldner sind?

In der Praxis kommt zuweilen der in der wissenschaftlichen Literatur, soweit mir bekannt, noch nicht behandelte Fall vor, daß sich für einen einzelnen Gesamtschuldner ein guter Freund dem Gläubiger gegenüber verbürgt oder daß sich für jeden der Gesamtschuldner ein Bürge verpflichtet und zwar jeder Bürge nur zu Gunsten eines bestimmten Schuldners. Befriedigt ein solcher Bürge den Gläubiger, so kann er von demjenigen Gesamtschuldner, zu dessen Gunsten er sich verpflichtet hat, Ersatz seiner Leistung verlangen. Diese Ersatzforderung erleichtert das Gesetz durch die Bestimmung des § 774 Abs. 1 S. 1 BGB.: „Soweit der Bürge den Gläubiger befriedigt, geht die Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner auf ihn über." Hier entsteht aber sogleich die Frage, wer als Hauptschuldner im Sinne des § 774 zu gelten hat, insbesondere ob neben demjenigen, zu dessen Gunsten sich der Bürge verpflichtet hat, auch jeder der übrigen

Gesamtschuldner dem Bürgen gegenüber Hauptschuldner ist, sodaß der Bürge auf Grund des § 774 Abs. 1 auch die übrigen Gesamtschuldner auf Ersatz in Anspruch nehmen kann. Diese letztere Ansicht ließe sich nur in der Weise erklären, daß ein Gesamtschuldverhältnis etwas dermaßen untrennbares ist, daß die Bürgschaft zu Gunsten eines Schuldners notwendigerweise eine, wenn auch unfreiwillige, Bürgschaft zu Gunsten aller Gesamtschuldner bedeutet. Diese Ansicht ist jedoch von der Hand zu weisen. Wie auch die Wissenschaft fast übereinstimmend lehrt, besteht das Gesamtschuldverhältnis des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches aus einer Mehrheit von Verbindlichkeiten, die nur in gewisser Abhängigkeit von einander stehen. Die für eine Einzelverbindlichkeit bestellten Sicherheiten haften daher dem Gläubiger nicht auch für die übrigen Verbindlichkeiten des Gesamtschuldverhältnisses und fallen hinweg, sobald die Verbindlichkeit erlischt, für die sie bestellt sind; nur jene Einzelverbindlichkeit allein ist für die Einreden des Bürgen maßgebend.

Hauptschuldner im Sinne des § 774 BGB. ist also in unserem Falle nur derjenige Schuldner, zu dessen Gunsten sich der Bürge verpflichtet hat. Ist dieser Schuldner zahlungsfähig, so genügt ja dem Bürgen der § 774, um in voller Höhe Ersatz zu erlangen. Wie steht es aber, wenn dieser Schuldner zahlungsunfähig ist? Hat dann der Bürge, der den Gläubiger befriedigt hat, auf Grund anderer Gesetzesbestimmungen einen Rückgriff gegen die, welche durch

seine Zahlung dem Gläubiger gegenüber ebenfalls frei geworden sind, nämlich gegen die anderen Gesamtschuldner und vielleicht auch deren Bürgen?

§ 2.

Ist der Rückgriff aus einem Vertragsverhältnisse oder auf Grund einer Forderungsübertragung möglich?

Eine unmittelbare Antwort auf die letzte Frage des vorigen Paragraphen gibt das Gesetz nicht. Die Bestimmung des § 769 BGB., daß diejenigen als Gesamtschuldner haften, die sich für dieselbe Verbindlichkeit verbürgen, ist auf die Bürgen unseres Falles nicht ohne weiteres anzuwenden, denn ihre Verpflichtung betrifft nicht dieselbe Schuldverbindlichkeit, sondern der eine hat sich für die Verbindlichkeit dieses, der andere für die jenes Schuldners verbürgt. Die Bürgen der einzelnen Gesamtschuldner sind also nicht Mitbürgen im wissenschaftlichen Sinne dieses Wortes, und nur auf diese soll sich § 769 beziehen.

Auf ein besonderes Vertragsverhältnis kann der Bürge, welcher den Gläubiger befriedigt hat, einen Regreßanspruch gegen die übrigen Gesamtschuldner und deren Bürgen in der Regel auch nicht stützen. Durch den Gesamtschuldcharakter allein wird ein solches Vertragsverhältnis zwischen dem Bürgen und den anderen Schuldnern noch nicht begründet.

Auch aus dem inneren Vertragsverhältnisse zwischen den Gesamtschuldnern läßt sich für den genannten

Bürgen ein Anspruch gegen die anderen Schuldner nicht erheben, selbst wenn der Schuldner, für den er eingetreten ist, auf Grund des Innenverhältnisses Aufwendungen von den Mitschuldnern ersetzt verlangen könnte. Denn ein auf Geld gerichteter Regreßanspruch dieses Schuldners gegen seine Mitschuldner, den der Bürge durch Forderungsübertragung oder Pfändung zu erwerben vermöchte, ist hier nicht entstanden, weil zur Befriedigung des Gläubigers der Schuldner selbst keine Aufwendungen in Geld gemacht hat. Dem Schuldner könnte man in diesem Falle gegen die übrigen Schuldner höchstens einen Anspruch aus § 257 BGB. zusprechen, d. h. auf Befreiung von der Verbindlichkeit, die ihm durch die Leistung des Bürgen diesem gegenüber entstanden ist. Wie sich aber der Bürge aus einem derartigen auf Befreiung gerichteten Anspruche befriedigen soll, ist eine Frage, die wegen prozessualer Schwierigkeiten diesen Regreßweg als wenig empfehlenswert erscheinen läßt. Eine nähere Erörterung dieser Frage soll auch schon deshalb unterbleiben, weil sie für das unseren Fall kennzeichnende Gesamtschuldverhältnis keine Besonderheiten bietet. Auch will ich nicht weiter auf etwaige Bereicherungsansprüche eingehen, die dem leistenden Bürgen zwar nicht gegen die anderen Bürgen, vielleicht aber gegen die anderen Schuldner zuzubilligen sind, soweit diese Schuldner nach ihrem Innenverhältnisse die Schuld zu tragen haben[1]).

[1]) Crome in Iherings Jahrb., Bd. 35, S. 128 ff.; 132 gibt einen Bereicherungsanspruch sogar bei deliktischen Gesamtschuldnern.

Den Hauptgegenstand unserer Untersuchung soll die Frage bilden, ob der Bürge, der den Gläubiger befriedigt, gegen die anderen Schuldner und deren Bürgen ein Rückgriffsrecht hat, das sich unmittelbar auf das Gesamtschuldverhältnis der Hauptverbindlichkeiten stützen läßt, also aus den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über die Gesamtschuld in Verbindung mit denjenigen über die Bürgschaft zu entnehmen ist. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat diesen Fall nicht ausdrücklich geregelt. Deshalb dürfen wir aber nicht gleich den Schluß ziehen, daß das Bürgerliche Recht einen solchen Regreßanspruch versagt. Wir müssen vielmehr prüfen, ob uns die Entwicklungsgeschichte des heutigen Rechtes einen Anhalt für die Entscheidung gewährt und ob die daraus gewonnene Entscheidung sich mit den Normen des Bürgerlichen Gesetzbuches vereinbaren oder sich sogar durch sie begründen läßt.

B. Rückgriff aus dem Gesamtschuldverhältnis unmittelbar.

I. Römisch-Gemeines Recht.

§ 3.
Regreßrecht der Gesamtschuldner gegeneinander.

Das Bürgerliche Gesetzbuch ist in den Grundzügen des Gesamtschuldner- und Bürgenrechtes dem gemeinen Rechte gefolgt. Lediglich dessen Entwicklung in beiden Rechtsinstituten bringt es zum Abschluß. Als meine nächste Aufgabe muß ich es daher betrachten, eine Entscheidung der von mir zur Untersuchung gestellten Frage für das römisch-gemeine Recht zu finden.

Das corpus juris Justinians unterschied bereits genau zwischen dem von uns zu Grunde gelegten Falle, in dem für die einzelnen Gesamtschuldner besondere Bürgen haften, und dem Falle der Mitbürgen, die sich für ein und denselben Schuldner verpflichtet haben. So heißt es in l. 43 D. 46,1: „Pomponius libro septimo ex variis lectionibus: Si a Titio stipulatus fidejussorem te acceperim, deinde eandem pecuniam ab alio stipulatus alium fidejussorem accipiam, confidejussores non erunt, quia diversarum stipu-

lationum fidejussores sunt.“ Hier sollen also trotz des Zusammenhanges der Hauptverbindlichkeiten — ob eine Solidar- oder Korrealobligation hier vorliegt, ist bestritten[1]) und kann dahingestellt bleiben — die Bürgen der einzelnen Schuldner nicht Mitbürgen im Sinne des Gesetzes sein. Den Mitbürgen hat das corpus juris weitgehende Rechte, so auch nach herrschender Ansicht ein bestimmtes Regreßrecht gegeneinander[2]) ausdrücklich eingeräumt. Wenn das Gesetz durch l. 43 D. 46,1 also betont, daß die dort genannten Bürgen nicht Mitbürgen sind, so will es sagen, daß auf diese Bürgen die gesetzlichen Bestimmungen über Mitbürgen nicht anwendbar sind. Für das beneficium divisionis der Mitbürgen wird dies noch besonders erklärt in l. 51 § 2 D. 46,1: „Duo rei promittendi separatim fidejussores dederunt: invitus creditor inter omnes fidejussores actiones dividere non cogitur, sed inter eos dumtaxat, qui pro singulis intervenerunt.“

L. 43 D. 46,1 darf nun aber durchaus nicht so verstanden werden, als ob das Gesetz den Bürgen von Gesamtschuldnern jeden Regreß gegeneinander nehmen wollte. Das war sicher nicht die Absicht des Gesetz-

---

[1]) l. 43 D. 46,1 handelt von einer Solidarobligation nach Unger (Iherings Jahrb., Bd. 22, S. 294); Bekker (Actionen II, S. 313); Chylarz (Grünhuts Zeitschrift, Bd. 3, S. 87 f.); dagegen Eisele (Korrealität und Solidarität im Arch. f. ziv. Prax., Bd. 77, S. 374 ff.). Eine Korrealobligation in l. 43 scheint Hasenbalg (Bürgschaft, S. 472) anzunehmen.

[2]) Savigny, Obligationenrecht, S. 2, verneint ein beneficium cedendarum actionum zu Gunsten von Mitbürgen.

gebers. Er wollte gewiß nur sagen, daß die Rechte der genannten Bürgen sich nach den allgemeinen Normen der Bürgschaft und Gesamtschuld richten sollten, nicht nach den für Mitbürgen geltenden besonderen Bestimmungen. Es fragt sich demnach, ob auf die allgemeinen Gesamtschuld- und Bürgschaftsnormen des römisch-gemeinen Rechtes ein Regreßanspruch der genannten Bürgen sowohl gegeneinander als auch gegen die Gesamtschuldner gestützt werden kann.

Unmittelbare Rechtsbeziehungen zwischen den Bürgen der l. 43 bestanden nach römisch-gemeinem Rechte nicht; dennoch waren ihre Verpflichtungen nicht ganz unabhängig voneinander. Befriedigte der eine Bürge den Gläubiger, so wurde dem Gläubiger gegenüber auch der andere frei. Diese Wirkung ergab sich nur aus der Solidarität der Hauptverpflichtungen. Deshalb wird das Verhältnis zwischen den Schuldnern als Grundlage für Regreßansprüche der Bürgen dienen müssen; und weil der Bürgenregreß hiernach von dem Schuldnerregreß abhängig ist, so bedürfen die Regreßrechte der Schuldner zunächst einer Feststellung.

Für die Ersatzansprüche eines vertragsmäßigen Gesamtschuldners, der den Gläubiger befriedigte, kam in erster Reihe ein zwischen den Schuldnern bestehendes inneres Rechtsverhältnis, wie Auftrag, Gesellschaft oder Geschäftsführung ohne Auftrag, in Betracht. Ein solches Rechtsverhältnis gewährte ihm einen unmittelbaren Regreß. Für diesen Regreß aus dem Innenverhältnis hafteten aber nicht die dem Gläubiger

bestellten Sicherheiten. Kein inneres Rechtsverhältnis bestand zwischen den deliktischen Gesamtschuldnern. Hier sah sich deshalb der Gesetzgeber ebenso wie bei den Mitbürgen veranlaßt, zum Zwecke einer gerechten Verteilung der Schuld besondere Rechtswohltaten zu gewähren, insbesondere das beneficium cedendarum actionum, eine gegen den Klaganspruch des Gläubigers vorzubringende Einrede nach Art einer exceptio doli[1]). Der Gläubiger konnte damit gezwungen werden, die nach seiner Befriedigung für ihn wertlosen Klagerechte gegen die übrigen Verpflichteten, nämlich die anderen Solidarschuldner und deren Bürgen, an den von ihm in Anspruch genommenen Schuldner abzutreten. Das Gesetz nahm an, daß der Schuldner, wenn er dieses beneficium geltend mache, durch die Befriedigung des Gläubigers nicht die Gesamtschuld tilgen, sondern die Ansprüche des Gläubigers durch Kauf erwerben wolle. Der Schuldner konnte sogar die Abtretung der Ansprüche noch nach der Zahlung verlangen, auch wenn er nicht durch Vorbringen des genannten beneficium die Erwerbsabsicht bei der Zahlung geäußert hatte. Es wurde hier vermutet, daß der Schuldner trotzdem diese Absicht bei der Zahlung gehabt und damit einen Kaufanspruch auf Abtretung der Klagen des Gläubigers erlangt habe[2]).

Das beneficium cedendarum actionum, das in dieser Weise den deliktischen Gesamtschuldnern nach

[1]) v. Savigny a.a.O., S. 242; Hasenbalg, Bürgschaft, S. 403.

[2]) l. 36 D. 41,1. Girtanner, Bürgschaft, S. 217 u. 537; Hasenbalg a. a O., S. 418 ff.

ausdrücklicher Bestimmung des Gesetzes zustand, wurde dann von den römischen Juristen auch den vertragsmäßigen Gesamtschuldnern zugesprochen[1]), um den auf das Innenverhältnis der Schuldner gestützten[2]) Ersatzanspruch des den Gläubiger befriedigenden Gesamtschuldners auch mit den Sicherungsrechten des Gläubigers auszustatten. Der vertragsmäßige Gesamtschuldner hatte nach Befriedigung des Gläubigers also die Wahl, ob er von den Mitschuldnern aus dem Innenverhältnis Regreß nehmen oder die ihm abgetretene Klage des Gläubigers gegen sie geltend machen wollte. Wählte er den letzteren Weg, ohne aber den nach dem Innenverhältnis auf ihn entfallenden Anteil der Schuld abzuziehen, so stand den Mitschuldnern gegen die Höhe der geltend gemachten Gläubigerklage jedenfalls eine auf das Innenverhältnis der Schuldner gestützte exceptio doli zu. Daneben dürften sie unabhängig von dem Innenverhältnis noch einen anderen Einwand gegen eine Mehrforderung des Regreßnehmenden gehabt haben. Nach der in der Literatur vorherrschenden Ansicht[3]) wurde nämlich allen Korreal- und vertragsmäßigen Solidarschuldnern

[1]) Savigny a. a. O., S. 239—278; Vangerow, Pandekten III § 573.

[2]) Nach Windscheid-Kipp, Pandekten §§ 294, 481 hatten Kontraktsschuldner das beneficium nur, soweit sie ein unmittelbares Regreßrecht gegeneinander hatten. Dagegen Dernburg, Pand. II § 80 Anm. 8.

[3]) S. Zusammenstellung der verschiedenen Ansichten über Novelle 99 und ihrer Vertreter bei Windscheid-Kipp a. a. O., S. 187 Anm. 10.

durch Novelle 99 ein beneficium divisionis der Art gegeben, daß der Richter auf Verlangen des vom Gläubiger belangten Gesamtschuldners die übrigen zahlungsfähigen und ortsanwesenden Gesamtschuldner vorladen und zu Kopfteilen mit verurteilen mußte[1]). Den Gesamtschuldnern verblieb das beneficium divisionis auch gegenüber dem Schuldner, der durch Zahlung und Übertragung die Ansprüche des Gläubigers erworben hatte, sodaß jener dadurch gezwungen werden konnte, nur den auf jeden entfallenden Kopfteil von den einzelnen Gesamtschuldnern einzuziehen[2]). Da aber für die Höhe des von jedem Gesamtschuldner zu tragenden Anteils in erster Reihe das innere Vertragsverhältnis zwischen den Schuldnern maßgebend war, so darf angenommen werden, daß das Vorbringen des beneficium divisionis gegenüber dem Schuldner, der die Gläubigerrechte geltend machte, nur dann eine gleichmäßige Verteilung nach Köpfen unter den Schuldnern herbeiführte, wenn sich die Anteile der Schuldner nach ihrem Innenverhältnis nicht sicher bestimmen ließen. Widersprach

[1]) Von dem durch die epistola Hadriani den Mitbürgern gewährten ben. div. unterschied sich das ben. div. der Nov. 99 noch darin, daß bei ersterem der in Anspruch genommene Bürge die Zahlungsfähigkeit der übrigen Bürgen nachweisen mußte, während bei dem ben. div. der Nov. 99 der Gläubiger die Zahlungsunfähigkeit der übrigen Schuldner darzutun hatte. Windscheid-Kipp a. a. O., § 479 u. S. 181 Anm. 10.

[2]) Walter, die Fälle des beneficium cedendarum actionum und ihre juristische Natur nach Pandektenrecht. Erl. Diss. 1899, S. 47; ebenso für Mitbürgen Dernburg, Pfandrecht S. 366.

das Vorbringen des beneficium divisionis dem Vertragsverhältnis der Schuldner, so wird eine replicatio doli des Klägers das beneficium haben beseitigen oder in seiner Wirkung abschwächen können. Von Rechtswegen aufgehoben wurde das beneficium divisionis der Gesamtschuldner erst durch die neuere Gesetzgebung. Nach den Grundsätzen der deutschen Zivilprozeßordnung wurde die Bestimmung der Novelle 99, daß auf Grund des vom Schuldner vorgeschützten beneficium divisionis ein Verfahren von Amts wegen stattzufinden habe, für ungültig erklärt und dadurch den vertragsmäßigen Gesamtschuldnern dieses beneficium entzogen[1]). Den regreßpflichtig gemachten Schuldnern blieb hiernach zuletzt hinsichtlich der Höhe ihres Anteils nur die auf das Innenverhältnis gestützte exceptio doli übrig.

Es ergibt sich also, kurz zusammengefaßt, folgendes. Die Gesamtschuldner des römischen Rechts hatten ein doppeltes Regreßrecht gegeneinander: aus dem etwa bestehenden inneren Vertragsverhältnis und infolge Abtretung der Klage des Gläubigers. Der letztere Regreßweg bot den Vorteil, daß alle Sicherheiten des Gläubigers insbesondere auch die Rechte aus einer Bürgschaft geltend gemacht werden konnten. Die Höhe des Regreßanspruchs richtete sich in beiden Fällen nach dem Innenverhältnis der Schuldner, der actio cessa gegenüber war es aber Sache des Gegners, durch Einrede — exceptio doli und nach älterem Recht auch beneficium divisionis — auf eine dem Innenverhältnis entsprechende Verteilung der Schuld hinzuwirken.

[1]) R. G., Bd. 12, S. 219; Dernburg, Pand. II, S. 199.

§ 4.

Regreßrecht der Bürgen gegen die Gesamtschuldner.

Wie der einzelne Gesamtschuldner, so muß billigerweise auch der für ihn eintretende Bürge regreßberechtigt gegen die übrigen Verpflichteten gewesen sein. Die Abtretung der Forderung gegen denjenigen Schuldner, für den er eingetreten war, konnte der Bürge auf Grund gesetzlicher Vorschrift vom Gläubiger verlangen. Einen Regreßweg aber gegen die übrigen Gesamtschuldner gemäß einer ausdrücklichen Vorschrift hatte der Bürge nicht. Auch stand er in keinerlei Vertragsverhältnis zu den anderen Schuldnern, auf Grund dessen er Ansprüche erheben konnte. Für den Bürgen, der die Schuld infolge Auftrags des einen Schuldners auf sich genommen und demnächst bezahlt hatte, kam zwar noch eine actio de in rem verso utilis gegen den anderen Schuldner in Betracht, soweit dieser unter Berücksichtigung dessen, was er nach dem Innenverhältnis der Schuldner zu tragen hatte, durch die Leistung des Bürgen ungerechtfertigt bereichert worden war. Dies ist für das gemeine Recht jedoch bestritten[1]), auch würde sich der Bürge auf diese Weise nur an dem anderen Schuldner nicht auch an dessen Bürgen haben schadlos halten können.

[1]) Dernburg, Pand. II, S. 349; nach Windscheid-Kipp, a. a. O., S. 1047, nur dann, wenn der eine Schuldner dem Bürgen gegenüber als Geschäftsführer des anderen Schuldners aufgetreten war; dagegen Dernburg a. a. O., S. 41.

Der dem Gesamtschuldner durch die actio cessa des Gläubigers gegebene Regreß bot auch dem Bürgen die beste Aussicht auf Ersatz seiner Leistung. Zwischen diesem Bürgen und dem anderen Schuldner sowie zwischen den beiden Bürgen der l. 43 waren gewisse Rechtsbeziehungen auf Grund des Gesamtschuldverhältnisses der beiden Schuldner entstanden. Im Verhältnisse zum Gläubiger konnte schon nach römisch-gemeinem Recht die Haftung eines Bürgen als Fortsetzung der Haftung des Hauptschuldners angesehen werden. Der Bürge erfüllte dem Gläubiger gegenüber zwar formell eine durch den Bürgschaftsvertrag erst entstandene eigene Verbindlichkeit, materiell aber nur die Verbindlichkeit des Schuldners und zwar genau so, in demselben Umfange und mit denselben Einschränkungen, wie sie der Schuldner zu erfüllen hatte. So war denn der Bürge berechtigt und bei Verlust seines Regresses sogar verpflichtet[1]), alle Einreden des Hauptschuldners geltend zu machen, soweit sie nicht höchstpersönlich waren oder dem Zwecke der Bürgschaft widersprachen[2]). Zu diesen Einreden gehörten zweifellos auch die Rechtswohltaten, welche bei Einziehung der Forderung eine Ausgleichung unter den Gesamtschuldnern ermöglichen sollten. Der Bürge war also berechtigt und verpflichtet, sich auf die dem Hauptschuldner zustehenden beneficia cedendarum actionum und früher auch divisionis in Vertretung

[1]) Geib, Röm. Bürgschaftsrecht, S. 125.

[2]) l. 32 D. 46, 1; Dernburg, Pand. II, S. 215; Hasenbalg a. a. O. S. 306, 312; Geib a. a. O., § 7; Girtanner a. a. O.

dieses Schuldners dem Gläubiger gegenüber zu berufen. Daher konnte der vom Gläubiger in Anspruch genommene Bürge nicht nur kraft Gesetzes aus eigenem Rechte Abtretung des Gläubigeranspruchs gegen denjenigen Schuldner, zu dessen Gunsten er sich verbürgt hatte, verlangen — der Fall des heutigen § 774 Abs. 1 BGB. — sondern außerdem auch aus dem Rechte dieses von ihm vertretenen Schuldners durch Geltendmachen der diesem zustehenden Einreden die Abtretung der Gläubigeransprüche gegen die übrigen Verpflichteten fordern. Mit Hülfe des actio cessa des Gläubigers vermochte dann der für einen Schuldner leistende Bürge nicht nur gegen den anderen Schuldner, sondern, wenn dieser zahlungsunfähig oder ortsabwesend war, auch gegen den anderen Bürgen Regreß zu nehmen.

Zweifelhaft könnte sein, ob dieses Ergebnis nicht schon darauf zurückzuführen ist, daß die Forderung gegen den anderen Gesamtschuldner und dessen Bürgen als ein Nebenrecht der Forderung gegen den ersten Schuldner angesehen wurde und als solches Nebenrecht ohne weiteres mit der dem zahlenden Bürgen zu übertragenden Forderung gegen den von ihm vertretenen Schuldner auf den Bürgen überging. Diese Annahme ist aber wohl für das Recht Justinians von der Hand zu weisen; denn die Gesetzesstellen, die dem Bürgen ein selbständiges Recht auf Klagenabtretung ausdrücklich geben, betreffen außer der Forderung gegen den vom Bürgen vertretenen Hauptschuldner nur die rein accessorischen

Nebenrechte dieser Forderung, wie Bürgschaft oder Pfandrecht.

Dem Bürgen war im Vorstehenden den Mitverpflichteten gegenüber nach Befriedigung des Gläubigers dieselbe Stellung eingeräumt, wie sie dem Hauptschuldner zustand, wenn dieser den Gläubiger befriedigt hatte. Der regreßnehmende Bürge trat also wie dem Gläubiger, so auch den übrigen Schuldnern gegenüber gewissermaßen als Repräsentant des Hauptschuldners auf, für den er sich verbürgt hatte. Der Bürge konnte zwar im eigenen Namen vorgehen, aber sein Regreßrecht war juristisch nur abgeleitet von demjenigen des von ihm vertretenen Schuldners. Denn nur mit Hülfe der Einreden dieses Schuldners hatte er die Abtretung der gegen die anderen Schuldner gehenden Klagen vom Gläubiger erzwingen können. Das Regreßrecht des Bürgen unterlag also auch den Einschränkungen, denen das Regreßrecht des Hauptschuldners unterworfen war. Alle Einwendungen der übrigen Verpflichteten gegen den Regreß des Schuldners standen auch dem Regreß des Bürgen entgegen, insbesondere die auf das Innenverhältnis der Schuldner gestützte exceptio doli [1]) und teilweise auch das beneficium divisionis. Diese Rechtsbehelfe hinderten den Bürgen daran, den Gläubigeranspruch in voller Höhe einzuklagen und zwangen ihn, von jedem Verpflichteten nur soviel einzufordern, als dessen Schuldanteil nach dem Innenverhältnis der Gesamtschuldner betrug.

[1]) Vgl. Dernburg, Pand. II, § 80, Anm. 8; Kremer, Mitbürgschaft, S. 125; Keil, Zur Lehre von dem ben. ced. act., Hall. Diss. 1880, S. 17.

Die neuere Entwickelung des römisch-gemeinen Rechtes bildete das den Bürgenregreß in erster Linie begründende beneficium cedendarum actionum noch weiter fort. In der letzten Zeit seiner Herrschaft erforderte das gemeine Recht nicht mehr eine förmliche Zession der Ansprüche des Gläubigers, es fingierte vielmehr in den Fällen der erzwingbaren Zession, daß diese Zession im Augenblicke der Zahlung vorgenommen sei, sodaß der zahlende Gesamtschuldner oder Bürge jetzt ohne weiteres[1]) in die Rechte des Gläubigers eintrat und sofort gegen die Mitverpflichteten klagen konnte. Die Wirksamkeit dieses mittelbaren Regreßrechtes blieb jedoch für Vertragsschuldner noch abhängig von dem Innenverhältnis der dem Gläubiger Verpflichteten[2]), mochte nun der Nachweis dieses Innenverhältnisses dem mit der actio cessa Regreßnehmenden oder seinem Gegner aufzuerlegen sein[3]). Die actio cessa war nur eine Form des Regresses, das Recht aus dem inneren Vertragsverhältnis sein Inhalt. Für den Bürgen eines Gesamtschuldners mußte, da er sein formelles Klagerecht aus dem Recht des Schuldners ableitete, auch das zwischen den Schuldnern bestehende Rechtsverhältnis den Inhalt dieses Klagerechts bestimmen. Für das gemeine Recht war hiermit die Entwicklung,

[1]) Walter a. a. O., S. 45; Hasenbalg a. a. O., S. 424.

[2]) So Vangerow, Pand. III, § 573, S. 75, und Schröter in Lindes Zeitschrift, Bd. 6; Winscheid-Kipp, Pand. II, § 294, S. 418, Anm. 2; Enneccerus, Lehrb. d. bürgerl. R. I, S. 810.

[3]) Nach Dernburg a. a. O., S. 203, ist internes Regreßrecht stets zu vermuten.

welche das Regreßrecht der Bürgen von l. 43 im engsten Anschluß an das ihm zugrunde liegende Regreßrecht der Gesamtschuldner durchgemacht hatte, zum Abschluß gekommen. Einige Schriftsteller [1]) erkannten zwar noch weiter gehend bereits für das gemeine Recht einen allgemeinen nur auf das Gesamtschuldverhältnis gestützten Regreß der Gesamtschuldner an, eine Ansicht, die auch zur Annahme eines gleichen Regresses für die genannten Bürgen führen müßte, doch ist diese Ansicht zur herrschenden nicht geworden.

II. Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches.

§ 5.

1. Der Rückgriff der Bürgen gegen Gesamtschuldner als Ergebnis der Rechtsentwickelung und der grundsätzlichen Stellung des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Was von der Wissenschaft für das gemeine Recht vorwiegend noch nicht anerkannt war, aber von weitaus den meisten neueren Schriftstellern des gemeinen Rechtes de lege ferenda gefordert wurde, sollte in dem neuen deutschen Zivilrechte zum Rechtsgrundsatz werden. Denn ein allgemeines Regreßrecht aller nur formell Verpflichteten gegen diejenigen, welche neben ihnen materiell oder auch nur formell an derselben Schuld beteiligt waren, wurde überall dort gewährt, wo die Beziehungen zwischen mehreren Verpflichteten ausdrücklich geregelt werden. Mit dem Regreßanspruch

[1]) v. Savigny a. a. O. I., S. 239—278; v. Ihering in seinen Jahrb., Bd. 10, S. 345; Sell in Lindes Zeitschrift, Bd. 3 und 4.

verbindet sich in diesen Fällen ohne weiteres ein gesetzlicher Übergang der Rechte des Gläubigers. Das heutige Recht schließt damit lediglich die Entwickelung ab, die das Regreßrecht der aus demselben Schuldverhältnis Verpflichteten mit ursprünglicher Hülfe des beneficium cedendarum actionum im römisch-gemeinen Rechte durchgemacht hat. Wie die Ausführungen des vorausgehenden Paragraphen zeigen, mußte im gemeinen Rechte einem Gesamtschuldner-Bürgen, der den Gläubiger befriedigt hatte, ein Regreß gegen die übrigen Gesamtschuldner und deren Bürgen gewährt werden. Zu erklären war dieser Regreß aus der früheren rechtlichen Natur des beneficium cedendarum actionum des Schuldners als einer auch dem Bürgen zustehenden exceptio gegenüber dem Gläubiger. An die Stelle des gemeinrechtlichen beneficium cedendarum actionum ist im Bürgerlichen Gesetzbuche ein gesetzliches Regreßrecht in Verbindung mit gesetzlichem Forderungsübergang getreten. Gegenüber den früheren Fällen des beneficium cedendarum actionum sind die heutigen Fälle des mit dem Regreßrecht verbundenen gesetzlichen Forderungsüberganges noch vermehrt[1]). Es entspricht dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuches also nicht, Regreßrecht und gesetzlichen Forderungsübergang da zu versagen, wo schon das gemeine Recht einen aus dem beneficium cedendarum actionum entstandenen Regreßanspruch gewährt hat. Dies muß insbesondere auch für die Bürgen von Gesamtschuldnern gelten.

[1]) S. Crome in Iherings Jahrb., Bd. 35, S. 345, Anm. 16.

2. Rückgriff der Bürgen mit Hilfe des Forderungsüberganges von § 774 Abs. 1 BGB.

§ 6.

Analoge Anwendung von § 401 BGB.

Eine Bestimmung der Art, daß der Bürge eines Gesamtschuldners einen Rückgriff gegen die anderen Gesamtschuldner und deren Bürgen auf Grund des Gesamtschuldverhältnisses hat, ist zwar nicht ausdrücklich in das Bürgerliche Gesetzbuch aufgenommen, aber sie steht nicht nur in keinem Widerspruche mit anderen Grundsätzen und Bestimmungen dieses Gesetzes, sondern läßt sich auch vorzüglich aus den Bestimmungen des Gesetzes ableiten.

Ausdrücklich hat das Bürgerliche Gesetzbuch als Folge der Zahlung des Bürgen nur den Forderungsübergang des § 774 Abs. 1 vorgesehen: „Soweit ein Bürge den Gläubiger befriedigt, geht die Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner auf ihn über." Der Bürge soll damit in die gesamte Rechtsstellung des Gläubigers eintreten, die dieser dem Hauptschuldner gegenüber innehat. Er erwirbt die Forderung gegen den Hauptschuldner, d. h., wie anfangs ausgeführt, gegen denjenigen Schuldner, zu dessen Gunsten er sich verbürgt hat, in ihrem ganzen Umfange mit allen Nebenrechten.

Bei der Gesamtschuld ist nun die Forderung des Gläubigers gegen jeden Schuldner keine gewöhnliche Forderung gegen Einzelschuldner, sondern eine

Forderung, die durch die Mithaftung anderer einen besonderen Charakter erhält insofern vor allem, als die Mithaftung anderer Schuldner dem Gläubiger eine sehr viel größere Sicherung gewährt. Denn für den Gläubiger besteht die Möglichkeit, sich bei Zahlungsunfähigkeit des einen Schuldners an die übrigen Schuldner zu halten. Die Forderung gegen einen Schuldner ohne die Mithaft der übrigen wäre also regelmäßig von viel geringerem Werte. So ist denn dem Rechte des Gläubigers, statt des einen Schuldners noch einen anderen Gesamtschuldner in Anspruch zu nehmen, die Bedeutung eines Nebenrechtes der Forderung gegen den erstgenannten Schuldner beizulegen. Bei gesetzlichem Forderungsübergang, wie dem des angeführten § 774 BGB., gehen Nebenrechte zugleich mit der Hauptforderung über. Denn der gemäß § 412 BGB. auf die Übertragung einer Forderung kraft Gesetzes anzuwendende § 401 BGB. bestimmt: „Mit der abgetretenen Forderung gehen die Hypotheken oder Pfandrechte, die für sie bestehen, sowie die Rechte aus einer für sie bestellten Bürgschaft auf den neuen Gläubiger über. Ein mit der Forderung für den Fall der Zwangsvollstreckung oder des Konkurses verbundenes Vorzugsrecht kann auch der neue Gläubiger geltend machen.“ Die in § 401 ausdrücklich genannten Rechte, die mit der Forderung übergehen sollen, sind zwar rein accessorischer Natur und zu den accessorischen Nebenrechten gehört das der Mithaftung anderer Gesamtschuldner nicht. Daß aber § 401 durch seine enge Fassung den Über-

gang anderer als accessorischer Nebenrechte nicht ausschließen, vielmehr auf diese anderen Nebenrechte analoge Anwendung finden soll, geht offensichtlich aus der Entstehungsgeschichte des § 401 hervor.

Nach dem § 297 des ersten Entwurfs zum Bürgerlichen Gesetzbuche, der dem heutigen § 401 entspricht, sollten mit der Übertragung der Forderung „die mit dieser verbundenen zu ihrer Verstärkung dienenden Nebenrechte“ auf den neuen Gläubiger übergehen. Die Motive[1]) zu diesem Entwurfe sagen ferner über § 297: „Der Entwurf enthalte keine Bestimmung über die Rechte des neuen Gläubigers gegen Mitverpflichtete des Schuldners; unbestreitbar erlange er alle Rechte gegen jeden einzelnen Mitschuldner so, wie sie dem bisherigen Gläubiger zugestanden hätten.“ Die allgemeinere Fassung des ersten Entwurfes ist dann von der Kommission für die zweite Lesung geändert worden[2]), weil „es sich nicht empfehle, von den mit der Forderung verbundenen zur Verstärkung dienenden Rechten zu sprechen, sondern nur die hauptsächlich in Betracht kommenden beiden Arten solcher Nebenrechte, nämlich Bürgschaft und Pfandrecht zu erwähnen“, „die konkretere Formulierung schließe selbstverständlich die Anwendung der Bestimmung auf andere Nebenrechte im Wege der Analogie nicht aus.“

Für die analoge Anwendung des § 401 BGB. in Verbindung mit § 774 Abs. 1 BGB., hat sich auch das Reichsgericht[3]) in einem Falle ausgesprochen, in

[1]) Mot., Bd. II, S. 124.
[2]) Protokolle I, S. 386.
[3]) R. G. Bd. 65, S. 169 (Urteil vom 7. Februar 1907).

dem ein Dritter durch Übernahmevertrag, der auch dem Gläubiger ein Klagerecht geben sollte, als Gesamtschuldner neben den ursprünglichen Einzelschuldner getreten war und dann der Bürge des alten Schuldners den Gläubiger hatte befriedigen müssen[1]).

§ 7.

Weitere analoge Anwendung von § 774 Abs. 2 in Verbindung mit § 426 BGB.

Das eben genannte Urteil des Reichsgerichts begnügt sich mit dem aus der analogen Anwendung des § 401 BGB. folgenden Ergebnis, daß der Anspruch gegen den neuen Gesamtschuldner auf den zahlenden Bürgen des alten Schuldners übergegangen ist, weil dieses Ergebnis in dem durch das Urteil entschiedenen Falle einer Gesamtschuld dem inneren Vertragsverhältnis der beiden Schuldner entspricht. Denn der Übernehmer ist im Innenverhältnis der Gesamtschuldner der Alleinverpflichtete; durch die Übernahme der Schuld hat er nicht nur den alten Schuldner, sondern auch dessen Bürgen entlasten wollen. Es erscheint demnach gerechtfertigt, daß dem Bürgen des alten Schuldners gegen den die Schuld übernehmenden neuen Schuldner ein Rückgriff in voller Höhe der bewirkten Leistung

[1]) Dieser Auffassung, wonach eine ausdehnende und analoge Anwendung des § 401 BGB. geboten und dem Willen des Gesetzgebers entsprechend anzunehmen sei, ist ein Urteil desselben Gerichts vom 16. Oktober 1907 beigetreten (Jur. Woch. 1907, S. 746, Ziff. 16).

zusteht. Es kann jedoch bei einem Gesamtschuldverhältnis auch der Fall eintreten, daß das Ergebnis der analogen Anwendung von § 401 BGB. mit dem inneren Vertragsverhältnis der Schuldner nicht in Einklang steht. Es ist möglich, daß der andere Gesamtschuldner nach dem Innenverhältnis die Schuld nur teilweise oder überhaupt nicht zu tragen hat. Sollten nur die §§ 774 Abs. 1 und 401 BGB. Anwendung finden, so würde auch in den letzteren Fällen mit der Forderung gegen den vom zahlenden Bürgen vertretenen Hauptschuldner der Anspruch gegen den daneben verpflichteten Gesamtschuldner und dessen Bürgen auf denjenigen Bürgen, der den Gläubiger befriedigt, in voller Höhe übergehen. Unbillig erscheint aber dieses Ergebnis, dem zufolge der zahlende Bürge von einem solchen Gesamtschuldner, dessen Verpflichtung ganz oder zum Teil ebenfalls keine eigene, sondern nur eine fremde Schuld betrifft, in voller Höhe Regreß nehmen könnte, besonders unbillig noch deshalb, weil bei Zahlungsunfähigkeit dieses Gesamtschuldners dessen Bürge die ganze Schuldsumme bezahlen müßte. Dann würde derjenige Bürge, den der Gläubiger zufällig zuerst in Anspruch nimmt, den ganzen Schaden auf den andern Bürgen abwälzen können.

Die mit § 774 Abs. 1 verbundene analoge Anwendung des § 401 BGB. ist deshalb für das Rückgriffsrecht eines Gesamtschuldner-Bürgen als ausreichend nicht anzusehen. Wir werden nach einer zweiten analog anzuwendenden Bestimmung suchen müssen, die den Verteilungsgrundsätzen des Rechtes der Gesamtschuld-

verhältnisse gerecht wird. Diese weitere Analogie ist leicht zu finden. Bei der analogen Anwendung des § 401 BGB. ist der Anspruch gegen den zweiten Schuldner als Nebenrecht der Forderung gegen den ersten Schuldner aufgefaßt und damit im Verhältnisse zu dieser Forderung — aber auch nur insoweit — auf eine Stufe mit der für sie bestellten Bürgschaft gestellt worden. Für die Forderung gegen den ersten Schuldner hat also der Anspruch gegen den zweiten Schuldner nur den durch die analoge Anwendung des § 401 BGB. anerkannten Charakter einer Sicherung. Bei Sicherungen gleicher Art schreibt das Bürgerliche Gesetzbuch in den beiden Fällen der Bürgschaft und des Pfandrechts gemäß § 774 Abs. 2 und § 1225, S. 2 einen Rechtsübergang auf den zahlenden Sicherungspflichtigen nach den für Gesamtschuldner geltenden Regeln vor. Nun ist zwar in dem unserer Untersuchung zu Grunde gelegten Falle die Verpflichtung des zweiten Gesamtschuldners nach ihren rechtlichen Merkmalen keine Sicherung ganz derselben Art wie die Bürgschaft, immerhin ist sie im Verhältnisse zu der Forderung gegen den ersten Schuldner eine Personalsicherung, die, abgesehen von der fehlenden Accessorietät, im Erfolge einer selbstschuldnerischen Bürgschaft gleichkommt. Es unterliegt deshalb keinem Bedenken, für das Verhältnis zwischen dem Bürgen des ersten Gesamtschuldners und dem zweiten Gesamtschuldner den § 774 Abs. 2 BGB. analog anzuwenden, gemäß welchem Mitbürgen nur nach § 426 haften. Auf den genannten Bürgen geht also die Forderung des Gläubigers gegen

den zweiten Gesamtschuldner infolge Anwendung des § 774 Abs. 2 nur nach Maßgabe des § 426 BGB. über.

Unterstützt wird meine Auffassung durch die einen ähnlichen Fall betreffenden Ausführungen mehrerer Schriftsteller. In jenem Falle handelt es sich ebenfalls um die Ausgleichung zwischen verschiedenartigen Sicherungen. Ein lebhafter Streit herrscht nämlich über den Rückgriff eines Bürgen und des nicht persönlich haftenden Eigentümers einer für dieselbe Forderung verpfändeten Sache gegeneinander. Ausgegangen ist der Streit von der Frage, welche Tragweite § 1225, S. 2 BGB. hat, nach welchem die Vorschriften des § 774 entsprechende Anwendung finden, wenn infolge Befriedigung des Pfandgläubigers durch den nicht persönlich haftenden Verpfänder einer Sache die Forderung auf letzteren übergeht. Strohal[1]), der den Streit angeregt hat, kommt zu dem Ergebnis, daß im Verhältnis zwischen Bürgen und Drittverpfänder stets der Verpfänder die Schuld zu tragen hat. Derselben Ansicht ist Endemann[2]), indem er annimmt, daß sich § 1225, S. 2 nicht auf § 774 Abs. 2 beziehe. Abweichend davon lehrt Planck[3]), daß auf den Drittverpfänder, der den Gläubiger befriedigt, das Recht aus der Bürgschaft nach § 1225, S. 2, nur insoweit übergehe, als der Verpfänder gemäß einer besonderen Vereinbarung von dem Bürgen Ersatz verlangen kann, daß aber auf den Bürgen, der den Gläubiger bezahle, nach § 774

[1]) D. Jur.-Ztg. 1903, S. 373 ff.

[2]) Lehrbuch II, § 141, Anm. 10.

[3]) Komm. zu § 1225, Anm, 2c.

Abs. 1 das Pfandrecht stets in Höhe der ganzen Forderung übergehe.

Diesen Ansichten ist zunächst Breit[1]) entgegen getreten. Er bejaht eine entsprechende Anwendung der §§ 1225, S. 2 in Verbindung mit 774 Abs. 2 und 426 auf das Verhältnis zwischen Bürgen und Drittverpfänder, indem er sehr richtig feststellt, die §§ 774 Abs 2 und 1225, S. 2 seien nur Erscheinungsformen des allgemeinen Grundsatzes, daß mehrere Sicherungspflichtige untereinander im Zweifel zum Ausgleiche verbunden seien. Zu ganz demselben Ergebnisse kommen Bendix[2]), Cohn[3]) und Staudinger-Kober[4]); auch sie sprechen sich für eine auf § 426 BGB. beruhende Ausgleichung zwischen allen zur Sicherung derselben Forderung Verpflichteten aus.

Die aus § 774 Abs. 2 sich ergebende Anwendung des § 426 auf den von uns zugrunde gelegten Sachverhalt läßt eine kurze Erläuterung des § 426 erwünscht sein. Maßgebend für den Umfang des Forderungsüberganges ist die in § 426 Abs. 1 geregelte Ausgleichungspflicht. § 426 Abs. 1, S. 1 sagt: „Die Gesamtschuldner sind im Verhältnis zueinander zu gleichen Anteilen verpflichtet, soweit nicht ein anderes bestimmt ist.“ Hiernach gilt für alle Fälle der Gesamtschuld nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch folgendes: Abweichend von dem vorher dargestellten gemeinen Rechte besteht

[1]) Gruchots Beitr., Bd. 48, S. 283 ff.

[2]) Arch. f. Bürg. Recht, Bd. 25, S. 84 ff.

[3]) Jur. Woch. 1906, S. 410 ff.

[4]) Komm. zu § 778, Anm. 8, und zu § 1225, Anm. 2b, Abs. 5.

ein unmittelbares, allein auf die Tatsache einer Gesamthaftung gegründetes Regreßrecht von Gesetzeswegen nach Maßgabe des § 426 Abs. 1. Diese Vorschrift ist aber nur dispositiver Natur. Die gesetzliche Regreßverpflichtung besteht nur dann überhaupt oder zu gleichen Anteilen, wenn nicht auf Grund Gesetzes oder auf Grund eines besonderen Vertragsverhältnisses etwas Abweichendes bestimmt ist. Demnach kann zwar auch derjenige Gesamtschuldner, der in einem Vertragsverhältnis zu den übrigen Schuldnern steht, seinen Rückgriff auf § 426 Abs. 1 allein stützen. Will er jedoch mehr als den gesetzlichen gleichen Anteil von einem anderen Schuldner fordern, so muß er auf das besondere Vertragsverhältnis zurückgreifen. Ebenso kann der auf Ersatz in Anspruch genommene Schuldner sich gegenüber der allein auf § 426 Abs. 1 gestützten Regreßforderung auf das innere Vertragsverhältnis berufen, wenn dieses für ihn die Regreßverpflichtung entweder überhaupt ausschließt oder in geringerer Höhe bestimmt.

Zur Sicherung des durch § 426 Abs. 1 geregelten Ausgleichungsanspruches und nur in dessen Höhe läßt ferner das Gesetz noch die Forderung des Gläubigers mit ihren Nebenrechten auf den zahlenden Gesamtschuldner übergehen, sodaß diesem jetzt in dem eigenen nach § 426 Abs. 1 zu bestimmenden Regreßrecht und in dem Recht des Gläubigers zwei miteinander konkurrierende auf denselben Erfolg gerichtete Ansprüche zustehen. § 426 Abs. 2, S. 1 besagt nämlich: „Soweit ein Gesamtschuldner den Gläubiger

befriedigt und von den übrigen Schuldnern Ausgleichung verlangen kann, geht die Forderung des Gläubigers gegen die übrigen Schuldner auf ihn über."

Die entsprechende Anwendung des § 426 auf den zur Untersuchung gestellten Fall, also auf die Ausgleichung zwischen dem Bürgen eines Gesamtschuldners und dem anderen Gesamtschuldner oder dessen Bürgen, ergibt, daß die Forderung des Gläubigers gegen die übrigen Verpflichteten, nämlich den anderen Gesamtschuldner und dessen Bürgen, auf den zahlenden Bürgen mit dem Anspruch gegen den von ihm vertretenen Schuldner aus § 774 Abs. 1 nicht in voller Höhe, sondern nur nach Maßgabe des § 426 Abs. 2 übergeht, d. h. nur insoweit als der Bürge einen Anspruch auf Ausgleich gegen sie hat. Für diesen Ausgleichungsanspruch gilt § 426 Abs. 1, der als gesetzliche Regel eine gleichmäßige Verteilung der Schuld vorsieht. Diese Regel trifft bei gewöhnlichen Mitbürgen, auf die sich § 774 Abs. 2 ja in erster Reihe beziehen soll, auch meistens zu. Im übrigen aber erfordert die Anwendung des § 426 Abs. 1 stets, insbesondere auch bei dem zugrunde liegenden Falle, eine Prüfung der Frage, ob hinsichtlich der Verteilung nicht ein anderes bestimmt ist. Diese anderweitige Bestimmung kann auf Gesetz oder Rechtsgeschäft beruhen. Eine rechtsgeschäftliche Bestimmung dieser Art kann stillschweigend getroffen werden; sie braucht auch nicht einem Vertragsverhältnis zwischen den Ausgleichspflichtigen entnommen zu werden — ein solches besteht in unserem Falle nicht — sondern kann sich

aus dem Inhalt und Zwecke der die Ausgleichungspflichtigen berührenden Rechtsverhältnisse ergeben [1]). So werden in unserem Falle für die Ausgleichung das innere Vertragsverhältnis zwischen den Gesamtschuldnern und die rechtliche Stellung als Bürgen in Betracht kommen.

Verschiedenartig ist die Rechtsstellung des Bürgen gegenüber dem Schuldner, für den er eingetreten ist, und gegenüber den anderen Gesamtschuldnern. Im Verhältnis des Bürgen zu dem erstgenannten Schuldner ist der Schuldner allein verpflichtet, weil hier lediglich der gesetzliche Begriff der Bürgschaft als einer für fremde Schuld eingegangenen Verbindlichkeit in Frage kommt. In seinem Verhältnis zu den übrigen Gesamtschuldnern ist aber für den Regreß nehmenden Bürgen unseres Falles das Bürgschaftsverhältnis nicht allein ausschlaggebend; die übrigen Gesamtschuldner gelten ihm gegenüber nur als Mitschuldner desjenigen, für den er eingetreten ist. Diesen Mitschuldnern gegenüber öffnet ihm das Bürgenverhältnis zu dem einen Schuldner nur den Weg für Ersatzansprüche. Für die Höhe dieser Ersatzansprüche kommt seine Eigenschaft als Bürge nicht in Betracht.

Der Umfang des Ersatzanspruches gegen andere Gesamtschuldner richtet sich lediglich nach dem Innenverhältnis der Gesamtschuldner und zwar in der Weise, daß der Bürge den Anteil des Schuldners, für den er

[1]) Planck, Komm. Anm. 1 zu § 426; Schollmeyer, Komm. Anm. 2 zu § 426; Dernburg, bürgerl. Recht II § 163 IV; R. G. Bd. 61, S. 60.

eingetreten ist, selbst zu tragen hat. Denn anderenfalls würde die endgültige Verteilung der Schuld verschieden sein je nachdem, ob der Gläubiger zufällig zuerst den Bürgen des einen Schuldners oder den anderen Schuldner in Anspruch nimmt. Wenn nämlich der Gläubiger zuerst den anderen Gesamtschuldner in Anspruch nimmt, so hat dieser nach den §§ 426 Abs. 2 und 401 einen Rückgriff gegen den Bürgen des ersten Schuldners insoweit, als er nach dem Vertragsverhältnis der Schuldner gegen den ersten Schuldner Regreß nehmen kann. Nimmt dagegen der Gläubiger zuerst den Bürgen des einen Schuldners in Anspruch, so würde zwischen diesem und dem anderen Schuldner eine Verteilung zu gleichen Anteilen eintreten, wenn es bei der gesetzlichen Regel des § 426 Abs. 1 verbleiben und nicht ebenfalls das Vertragsverhältnis zwischen den Hauptschuldnern als anderweitige Bestimmung berücksichtigt werden sollte. Wer von den Ausgleichungspflichtigen auch immer durch den Gläubiger zuerst in Anspruch genommen wird: Die endgültige Verteilung der Schuld muß dieselbe sein. Ist, wie das Gesetz ausdrücklich bestimmt, für den Rückgriff eines Gesamtschuldners gegen den Bürgen eines anderen Gesamtschuldners das Innenverhältnis der Schuldner maßgebend, so muß dieses auch maßgebend sein für den Rückgriff des Bürgen eines Schuldners gegen einen anderen Gesamtschuldner. Die bei Gelegenheit eines Beispiels, das unserem Falle im wesentlichen entspricht, von Schulz[1]) vertretene

[1]) Rückgriff und Weitergriff in Leonhards Studien zum bürg. Recht Bd. 21, S. 51, Beispiel unten.

Auffassung, daß der Schuldner die Schuld in voller Höhe tragen müsse, weil er eben Hauptschuldner und der Regreßnehmende nur Bürge sei, erscheint deshalb unhaltbar. Diese Ansicht geht offenbar von dem Gedanken aus, daß die Verpflichtung des Gesamtschuldners gegenüber derjenigen des Bürgen in voller Höhe stets eine eigene Schuld betrifft. Eine eigene Schuld in voller Höhe ist die Gesamtschuld für den einzelnen Schuldner jedoch nicht immer. Die Gesamtschuld ist für jeden Schuldner nur soweit eine eigene Schuld, als er sie nach dem Innenverhältnis der Schuldner endgültig zu tragen hat.

Der Umfang der Regreßpflicht der übrigen Schuldner kann ferner nicht davon abhängen, ob der eine Schuldner selbst oder durch seinen Bürgen den Gläubiger befriedigt. Der Bürge hat also, wie dieselben Verpflichtungen, so auch dieselben und keine größeren Rechte, als der von ihm vertretene Schuldner, mit einem Worte: er ist durch Übernahme der Bürgschaft Repräsentant dieses Schuldners nicht allein dem Gläubiger gegenüber geworden, sondern hat die Rechtsstellung eines solchen Schuldrepräsentanten gegenüber allen an dem Gesamtschuldverhältnis Beteiligten erlangt, also auch gegenüber den anderen Schuldnern. Diese Stellung des Bürgen beruht auf dem Wesen der Bürgschaft. Durch deren Übernahme identifiziert sich der Bürge mit dem Schuldner, für den einzustehen er verspricht, in Ansehung der übernommenen Verpflichtung. Bei der Befriedigung des Gläubigers erfüllt er zwar formell die eigene Bürgschaftsverbindlichkeit,

im Grunde aber nur die Schuld des Hauptschuldners für diesen, vertritt also den Schuldner dem Gläubiger gegenüber bei der Zahlung. Diesen Schuldner vertritt er auch noch weiter bei dem ihm durch Gesetzesanalogie gegebenen Rückgriff gegen die anderen Schuldner und deren Bürgen. Denn dieser aus § 774 BGB. abgeleitete Regreß läßt sich, da der Bürge in unmittelbaren rechtsgeschäftlichen Beziehungen zu den übrigen Schuldnern nicht steht, begrifflich nur denken als eine — infolge der Bürgeneigenschaft kraft Gesetzes gewährte — Vertretung des Schuldners, zu dessen Gunsten der Bürge gezahlt hat. Die von dem Bürgen regreßweise in Anspruch genommenen übrigen Schuldner und deren Bürgen können ihm daher mit Recht das zwischen den Schuldnern bestehende Innenverhältnis entgegen halten und brauchen somit dem Bürgen nicht mehr zu entrichten, als sie gemäß dem Innenverhältnis — sei dies durch Vertrag oder nur durch § 426 Abs. 1 geregelt — an den von ihm vertretenen Schuldner zu zahlen haben. Den auf diesen Schuldner entfallenden Anteil der Schuld hat der für ihn eingetretene Bürge den anderen Schuldnern gegenüber zu tragen. Der Bürge hat also nicht nur bei der Befriedigung des Gläubigers, sondern auch bei der endgültigen Ausgleichung der Schuld unter den Verpflichteten für denjenigen Schuldner, zu dessen Gunsten er sich verbürgt hat, in vollem Maße einzustehen.

3. Rückgriff der Bürgen gegen die Gesamtschuldner lediglich auf Grund von § 426 BGB.

§ 8.

Der Begriff der Gesamtschuld des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Die bisherigen Ausführungen waren in Übereinstimmung mit zwei Entscheidungen des Reichsgerichts von dem gesetzlichen Rechtsübergang der §§ 774 Abs. 1 und 401 BGB. ausgegangen. Erst danach war mit Hilfe der §§ 774 Abs. 2 und 426 untersucht worden, welchen Umfang die Ausgleichungspflicht der Gesamtschuldner einem Bürgen gegenüber hat. Richtiger dagegen erscheint mir der umgekehrte Weg, nämlich zuerst die aus dem Innenverhältnis zu entnehmende Ausgleichungspflicht nach Existenz und Umfang festzustellen und dann erst den gesetzlichen Übergang der Gläubigerrechte [1]). Denn das Gesetz bestimmt nur dort einen Übergang der Rechte, wo eine durch Vertrag oder Gesetz gegebene interne Regreßpflicht vorliegt, und nur insoweit als dies der Fall ist. Das Bürgerliche Gesetzbuch enthält also den Grundsatz: Kein Rechtsübergang ohne Ausgleichungspflicht. Die interne Ausgleichungspflicht ist demnach das Wesentliche bei der Regreßfrage, der Rechtsübergang nur eine Folgeerscheinung auf Grund des Gesetzes. Nun beziehen sich aber die §§ 774 Abs. 1 und 2 sowie 401 BGB., aus denen wir im Vorausgehenden das

[1]) Ebenso Breit a. a. O., S. 290.

Rückgriffsrecht des Bürgen in teilweiser Übereinstimmung mit dem Reichsgericht abgeleitet haben, lediglich auf den Übergang der Forderung und ihrer Nebenrechte. Die interne Ausgleichungspflicht der Beteiligten wird unmittelbar in ihnen nicht geregelt. Die Anwendung dieser Paragraphen setzt also die Anwendbarkeit anderer Bestimmungen voraus.

Diese Bestimmung, aus der sich die Ausgleichungspflicht unmittelbar ergibt, findet sich in dem § 426.

In analoger Anwendung war § 426 durch Vermittelung des § 774 Abs. 2 schon der früheren Feststellung, in welchem Umfange ein Gesamtschuldner dem Bürgen eines anderen Gesamtschuldners ausgleichungspflichtig ist, zu Grunde gelegt worden. Damit war bereits anerkannt, daß die Verbindlichkeiten des Bürgen, der den Gläubiger befriedigt hatte, und der von ihm in Anspruch genommenen übrigen Gesamtschuldner zu einander in einem gesamtschuldartigen Verhältnisse stehen. Es liegt deshalb nahe, ohne sich irgend einer Analogie zu bedienen, von vornherein davon auszugehen, daß alle dem Gläubiger Verpflichteten, seien es die Schuldner oder die Bürgen der einzelnen Schuldner, in einem richtigen Gesamtschuldverhältnis zueinander stehen[1]). Diese Annahme wird durch den weitgefaßten Wortlaut des den Begriff der Gesamtschuld erklärenden § 421 BGB. unterstützt. § 421 lautet: „Schulden mehrere eine Leistung in der Weise, daß jeder die ganze Leistung zu bewirken verpflichtet, der

[1]) So auch Bendix, Cohn, Staudinger-Kober für das Verhältnis zwischen Bürgen und Drittverpfänder, s. S. 33.

Gläubiger aber die Leistung nur einmal zu fordern berechtigt ist (Gesamtschuldner), so kann der Gläubiger die Leistung nach seinem Belieben von jedem Schuldner ganz oder zu einem Teile fordern. Bis zur Bewirkung der ganzen Leistung bleiben sämtliche Schuldner verpflichtet." Im Anschluß an diese gesetzliche Begriffsbestimmung fordert die heutige Wissenschaft[1]) ebenso wie die herrschende Ansicht des gemeinen Rechtes für eine Gesamtschuld Identität von Inhalt und Zweck aller Leistungen. Einheit des Entstehungsgrundes ist nicht erforderlich[2]). Auch eine Identität des Rechts- oder Schuldgrundes verlangt der Wortlaut des § 421 nicht[3]). In gewissem Zusammenhang miteinander wird allerdings der Rechtsgrund der verschiedenen Verbindlichkeiten stehen müssen, wenn sie eine Gesamtschuld bilden sollen. Ein Band der Gemeinschaft muß sie umschließen. Denn wenn mehrere rein zufällig, aus voneinander völlig unabhängigen Schuldgründen auf die gleiche Leistung verpflichtet sind, so liegt nur ein Fall der sogenannten unechten Solidarität vor, auf den die §§ 420 ff BGB. nicht ohne weiteres anwendbar sind. Ein bekanntes Beispiel hierfür ist die Ersatzpflicht des

[1]) Dernburg, Bürg. Recht II, § 160 IV; Binder, Korrealobligationen § 2; Endemann, Lehrbuch I, S. 896: Enneccerus, Lehrbuch I, S. 799 u. 800.

[2]) Einheit des Entstehungsgrundes forderten für das gemeine Recht Eisele, Arch. f. d. ziv. Prax. 79, S. 367; Chylarz in Grünhuts Zeitschrift, Bd. III, S. 101; Oertmann, Vorteilsausgleichung, S. 123 ff u. 293.

[3]) Vgl. R. G. Bd. 61, S. 61.

Brandstifters und der Versicherungs-Gesellschaft[1]). Über den Begriff der in den §§ 420 ff geregelten Gesamtschuld sagt Enneccerus[2]) zutreffend folgendes: „Die verschiedenen Obligationen seien verbunden durch den gemeinsamen Zweck, den sie verfolgen, die Befriedigung desselben Interesses; trotz der Verschiedenheit der einzelnen Obligationen bezeichne das Bürgerliche Gesetzbuch doch das sie alle umfassende Verhältnis als ein Gesamtschuldverhältnis, freilich nicht in dem Sinne wie die römische Korrealobligation, sondern in dem Sinne, wie zum Beispiel bei einem Gesellschaftsverhältnis von einem einheitlichen Schuldverhältnis gesprochen werde."

§ 9.

Die Bürgschaft als ein Fall der Gesamtschuld

Die Annahme eines Gesamtschuldverhältnisses auf Grund der Identität von Inhalt und Zweck der Leistungen nebst einem Zusammenhang ihres Rechtsgrundes wird der allgemein gehaltenen Fassung des § 421 BGB. durchaus gerecht. Diese Begriffsbestimmung führt uns aber zu dem Ergebnis, daß die gesetzlich bestimmte Gesamthaftung der Mitbürgen, der Schuldner aus unerlaubten Handlungen und anderer vom Gesetz besonders genannter Personenkreise lediglich eine für

[1]) Eisele im Arch. f. ziv. Praxis, Bd. 77, S. 458 ff; Dernburg a. a. O.; Oertmann, Komm. II, Vorbem. 5 c vor Abschnitt 6 u. Anm. 2 d zu § 426; Enneccerus a. a. O., S. 568; Binder a. a. O., S. 563 ff.

[2]) a. a. O.

den Spezialfall noch einmal ausdrücklich betonte, aber ohne dies schon gegebene Konsequenz aus § 421 BGB. ist. Hiernach würde auch die Bürgschaft als ein besonderer Fall der Gesamtschuld zu beurteilen sein. Identität des Inhalts und des Zweckes der Leistung bei den Verbindlichkeiten des Hauptschuldners und des Bürgen sind vorhanden. Zwar ist der Verpflichtungsgrund für den Bürgen sein Bürgschaftsvertrag mit dem Gläubiger, er erfüllt also formell eine eigene Verpflichtung, aber Inhalt dieser Verpflichtung ist das Einstehen für den Schuldner, d. h. die Erfüllung der Verbindlichkeit des Schuldners[1]). Auch der Zweck der Bürgenverpflichtung ist derselbe wie bei der Hauptschuld, nämlich Befriedigung des Gläubigers wegen einer auf einem bestimmten Rechtsgrunde beruhenden Forderung. Ein rechtlicher Zusammenhang mit der Hauptschuld dürfte ebenfalls von niemandem bestritten werden. Zweifel an dem Gesamtschuldcharakter der Bürgschaft könnte lediglich die Accessorietät der Bürgenverpflichtung erwecken. Diese Zweifel sind jedoch unbegründet. Die Accessorietät verträgt sich vollkommen mit dem gesetzlichen Begriff der Gesamtschuld. Denn daß die einzelnen Leistungen des Gesamtschuldverhältnisses unabhängig von einander sein müssen, ist aus dem Wortlaut des § 421 nicht zu ersehen. Gesamtschuldner können ja unter verschiedenen Modalitäten haften. Eine solche Modalität

[1]) Vgl. Geib, zur Dogmatik des römischen Bürgschaftsrechts. 1894.

nur ist bei der Bürgschaft die Accessorietät mit ihren vom Gesetz bestimmten Wirkungen[1]).

Die hier vertretene Ansicht von dem Gesamtschuldcharakter der Bürgschaft wird auch vorwiegend von der heutigen Wissenschaft gebilligt. Die Wissenschaft des gemeinen Rechtes erkannte fast durchgehend den solidarartigen Charakter der Bürgschaft an; ob aber die Bürgschaft eine Gesamtobligation selbst sei, war ehedem sehr bestritten. Dernburg[2]), Chylarz[3]) und Geib[4]) haben den Gesamtschuldcharakter der Bürgschaft verneint, weil ihr Inhalt mit dem der Hauptobligation nicht identisch sei. Nach Windscheid[5]) zeigt die Obligation des fidejussor in ihrem Verhältnis zur Hauptobligation alle charakteristischen Eigenschaften der Korrealobligation; nach Ribbentrop[6]) ist Bürgschaft- und Hauptschuld eine Einheit der Obligation. Zu den Korrealobligationen wird die Bürgschaft außer-

[1]) § 774 Abs. 1 BGB. steht dem Gesamtschuldcharakter der Bürgschaft ebenfalls nicht entgegen, wie Kremer (Mitbürgschaft, 19) ohne Begründung behauptet, sondern ändert nur die in § 426 für die Ausgleichungspflicht aufgestellte Regel gleicher Anteile, weil bei der Bürgschaft nach dem Vertragsverhältnis gewöhnlich der Schuldner allein verpflichtet ist. § 774 ist also gegenüber § 426 nur eine durch das Gesetz getroffene „andere Bestimmung" für eine Spezialart der Gesamtschuld (vgl. auch Oertmann, Komm. Anm. 2b zu § 426).

[2]) Pand. II, § 76, Ziff. 4.

[3]) In Grünhuts Zeitschrift Bd. 3, S. 102.

[4]) a. a. O., § 3.

[5]) Pand. II, S. 198, Anm. 3.

[6]) Korrealobligationen, S. 88.

dem noch von Unger[1]), Girtanner[2]) und ganz besonders von Binder[3]) gezählt, der sehr überzeugend darlegt, daß „Solidarität und Accessorietät Begriffe seien, die sich möglicherweise in einem Rechtsinstitute vereinigen, aber in Wirklichkeit nichts miteinander zu tun haben", also sich einander auch nicht ausschließen. Für das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches bestreiten Hruza[4]) und Kremer[5]) den Gesamtschuldcharakter der Bürgschaft, während außer Binder noch ohne nähere Begründung Planck[6]), Oertmann[7]), Schollmeyer[8]) und andere die Bürgschaft als besonderen Fall der Gesamtschuld ansehen.

§ 10.

Allgemeines Gesamtschuldverhältnis zwischen allen Schuldnern und Bürgen.

Wir schließen uns also nur einer in der Wissenschaft stark vertretenen Ansicht über den Charakter der Bürgschaft an, wenn wir dem Sinne des § 421 gemäß in unserem Falle annehmen, daß jeder einzelne Bürge im Gesamtschuldverhältnis zu demjenigen einzelnen Hauptschuldner steht, für den er eingetreten ist. Da

[1]) Iherings Jahrb. Bd. 22, S. 212.

[2]) Bürgschaft, S. 39.

[3]) Korrealobligationen, § 6, insbesondere S. 136.

[4]) Sächs. Arch. f. bürg. Recht Bd. 5, S. 297.

[5]) Mitbürgschaft, S. 19.

[6]) Komm. Anm. 6, Abs. 2 zu § 421.

[7]) Komm. Anm. 2b zu § 426.

[8]) Komm. Vorbem. 3 vor § 420.

nun die Hauptschuldner in Ansehung derselben Forderung, die bei den einzelnen durch Bürgschaft gesichert ist, in einem Gesamtschuldverhältnis zu einander stehen, ein Schuldner also zugleich Gesamtschuldner seines Bürgen und des anderen Schuldners hinsichtlich dieser Forderung ist, so ergibt sich daraus notwendigerweise, daß der Bürge des einzelnen Schuldners im Gesamtschuldverhältnis auch zu den übrigen Schuldnern und deren Bürgen steht. Alle dem Gläubiger hinsichtlich derselben Forderung irgendwie Verpflichteten sind also untereinander Gesamtschuldner im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches. Dieses Ergebnis entspricht auch durchaus dem Inhalte der Bürgschaftsverbindlichkeiten. Die Schuldner sind beispielsweise Gesamtschuldner kraft gemeinsam abgeschlossenen Darlehnsvertrages: Dann hat der einzelne Bürge nicht einzustehen für Rückzahlung eines dem von ihm vertretenen Schuldner allein gegebenen Darlehns, sondern jeder Bürge ist verpflichtet, für Rückzahlung des allen Schuldnern zusammen gegebenen Darlehns zwecks Befriedigung des Gläubigers einzustehen, weil die von den Bürgen übernommene Verbindlichkeit jedes einzelnen Hauptschuldners in der Rückzahlung des den Schuldnern gemeinsam gegebenen Darlehnsbetrages besteht.

Der Umstand, daß die Bürgen sich nur zu Gunsten eines Hauptschuldners verpflichtet haben, ist zwar von Einfluß auf die Modalität ihrer Verpflichtungen; Inhalt und Zweck ihrer Verbindlichkeiten bleibt aber, selbst wenn sie in Unkenntnis des zwischen den Haupt-

schuldnern bestehenden Gesamtschuldverhältnisses eingegangen sind, deswegen doch identisch. Die Modalität der Verpflichtungen ist allerdings bei den Verpflichteten des soeben festgestellten, Hauptschuldner und Bürgen umfassenden Gesamtschuldverhältnisses eine verschiedene. Die Bürgen haften im Gegensatze zu den Hauptschuldnern nur nach den gesetzlichen Bestimmungen der §§ 765 ff. BGB., also u. a. auch der Regel nach mit dem Rechte, die Einrede der Vorausklage gegen den von ihnen vertretenen Schuldner geltend zu machen. Die Haftung des einen Bürgen wiederum kann von der Haftung eines anderen Bürgen insofern verschieden sein, als die Einreden der §§ 768, 770 und 771 BGB. jedem Bürgen nur aus der Person desjenigen Schuldners zustehen, zu dessen Gunsten er sich verpflichtet hat. Diese Verschiedenheit in der Art und Weise der Haftung bei den einzelnen Verpflichteten hebt den Charakter der Solidarität ihrer Verbindlichkeiten nicht auf.

Nach dieser Feststellung eines allgemeinen Gesamtschuldverhältnisses aller dem Gläubiger Verpflichteten ergibt sich für die nach der Befriedigung des Gläubigers unter ihnen vorzunehmende Ausgleichung bei Anwendung des § 426 BGB. folgendes: Im Verhältnis der Bürgen zu denjenigen Schuldnern, zu deren Gunsten sie sich verbürgt haben, ist § 774 Abs. 1 als andere Bestimmung im Sinne des § 426 Abs. 1 maßgebend. Also entgegen der für Gesamtschuldverhältnisse geltenden Regel gleicher Anteile haben die Schuldner i h r e n Bürgen gegenüber die Schuld allein zu tragen. Im übrigen findet die Ausgleichung auf

Grund der allgemeinen Vorschrift des § 426 Abs. 1 statt unter Berücksichtigung der anderweitigen Bestimmungen, welche sich, wie früher schon ausgeführt, aus dem Innenverhältnis der Schuldner und aus der Stellung der Bürgen als Repräsentanten der Schuldner ergeben. Hiernach hat ein Bürge, der den Gläubiger befriedigt und von dem Schuldner, welchen er vertritt, keinen Ersatz erlangen kann, den auf diesen Schuldner nach dem Innenverhältnis der Schuldner — mögen es Vertrags- oder Deliktsschuldner sein — entfallenden Anteil selbst zu tragen, während er von den übrigen Schuldnern und nötigenfalls auch von deren Bürgen die auf sie entfallenden Schuldanteile einziehen kann.

Der auf so einfache Weise festgestellten auf § 426 Abs. 1 beruhenden internen Ausgleichungspflicht folgt dann kraft Gesetzes nach § 426 Abs. 2 in Höhe dieser Ausgleichungspflicht der Übergang derjenigen Forderung, die der Gläubiger gegen die übrigen Verpflichteten — Hauptschuldner und Bürgen — hatte, ohne daß es noch der Anwendung irgend einer anderen Bestimmung bedarf.